

la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606, 3; y por tanto, como dueño, vindica la cosa de cualquiera poseedor. La *tercera* accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hai lugar á la vindicacion de la cosa, sino cuando se ha legado cierta especie, pues el género y la cantidad, como cosas incorporales, no pueden vindicarse.

TÍTULO XXI

MODO DE QUITAR Y TRASFERIR LOS LEGADOS.

§. DCXL. Justinano sigue su método, y habiendo tratado hasta aquí del modo con que se mandan los legados, habla ahora de cómo se quitan y trasladan. Á la verdad la voluntad de los hombres es variable hasta la muerte, y no hai duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, ó trasladarlo á otro.

§. DCXLI, DCXLII y DCXLIII. Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que ántes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de excepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó por hechos: *por palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que ántes habia legado, *pr. Inst. h. t.*; y aún basta que haga esta declaracion de viva voz, estando presentes dos testigos. *Por hechos* se quitan los legados, 1º rompiendo ó borrando los testamentos ó codicilos, y 2º destruyendo la cosa legada ó dándole distinta forma. No obstante en la *L. 86. ff. De leg. 3.* se

halla la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á su antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo, si de la plata que habia legado el testador, manda hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo, si de la lana que habia legado el testador, mandase hacer paño. Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enajenase de cualquier otro modo; pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos en el §. 615. Hasta aquí hemos visto cómo se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá cómo se hace por *via de excepcion*. La *L. 3. §. últ.*, y la *L. 4. ff. h. t.* nos presentan aquí un ejemplo oportuno; á saber, si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviere á su gracia. Porque ¿quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aquí formamos esta regla: siempre que acontezca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado de voluntad, se desvanece el legado por via de excepcion. Entónces el heredero opone al legatario la excepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV. Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica, cuando ocurre alguna variacion en el legado. Se trasfiere el legado de cuatro maneras: 1ª mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2ª Cuando se muda la misma cosa legada; por ejemplo, cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3ª Cuando se muda la persona por medio de quien se lega; por ejemplo, si se encarga á un legatario el pago que ántes tenia que hacer el heredero. 4ª Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar; por ejemplo, si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la

palabra *trasladar* entre los jurisperitos significa otra cosa que entre los demas autores, para quienes es lo mismo que *mudar*. Acerca del primer modo de trasladar los legados hai todavia que observar una cosa, y es que siempre se ha de repetir en ellos el nombre propio del primer legatario, pues de otro modo no es traslacion de legado, sino mas bien conjuncion de uno y otro legatario, *L. 34. pr. ff. De legat. 1.* De aqui es que si el testador dice que lega á Mevio el fundo que ántes legaba á Ticio, será traslacion de legado. Mas si escribiese en la primera parte del testamento, que da y lega su fundo á Ticio, y en la última parte que da y lega el fundo á Mevio; entón- ces estarán unidos, porque no se repite el nombre de Ticio.

§. DCXLV. Aqui se pregunta, cómo debe hacerse la traslacion (1)? Para quitar un legado solo se exigia la prueba; ó mas bien, para destruirse por via de escepcion, era suficiente la presuncion: ¿ sucede lo mismo para transferir el legado? De ningun modo, pues el que tras- laa un legado, no solo lo destruye primero, sino que deja otro nuevo; y un nuevo legado no puede dejarse sin cinco testigos, §. 606. 4. Por esto se ha de advertir que sucede muchas veces, que trasladado un legado, ni subsiste el pri- mero ni el último; por ejemplo, si uno dijese delante de tres testigos que legaba á Mevio el fundo que habia legado á Ticio, ninguno de los dos percibiria el lega lo. No Ticio, porque se lo quitó á presencia de tres testigos; ni Mevio, porque no asistieron los cinco testigos necesarios para transferir el legado.

(1) Los legados se pueden quitar ó transferir en testamento y en co- dicio: todavia, segun las disposiciones de las *LL. 39 y 40. tit. 9. Part. 6.*, ni esta solemnidad requieren: pues de cualquier modo que conste la voluntad del testador, aunque no haya mas que presunciones de que quiso mudar, se da por quitado el legado.

§. DCXLVI y DCXLVII. Esta es la doctrina del modo de quitar y transferir los legados. Añadiremos algo de otros modos, por los que estos espiran; á saber, 1º ó por un incidente que sobreviene, ó 2º porque la lei tiene por no hecho semejante legado, ó 3º por que se le quita al legatario por indigno. 1º Por un incidente que sobreviene; lo cual puede tener lugar en cinco casos. (a) Si el lega- tario muriese ántes que el testador; pues el legado se debe desde la muerte de este, §. 631; y por consiguiente, estando aún vivo el testador, nada habia adquirido el legatario. Lo que no tenia, no podia transmitirlo á los herederos; luego los herederos no percibirán el legado, y por consiguiente espiró este; á no ser que esté reunido algun colegatario, al cual acrezca la porcion del que falta. (b) Espira el legado de cosa ajena, si viviendo el testador, la hubiese adquirido ya el legatario por título lucrativo, porque no pueden reunirse dos causas lucrativas en una misma persona y sobre una misma cosa, §. 612 y sig. (c) Si pereciere la cosa legada. Mas esto debe entenderse solamente de la especie legada, la cual estingnida, no puede prestarse; y no del género y la cantidad, acerca de los que ya vimos arriba la regla de que nunca perecen, §. 623. Por tanto, si el testador legase un buel y pereciese, de tal modo se acaba el legado, que ni aún la piel se debe. Sin embargo sufre esta regla una escepcion, esto es, si hu- biese culpa ó dolo de parte del heredero, porque con razon debe prestarlos. (d) Si se invalidase el testamento; pues habiendo manifestado arriba en el §. 568, que los testamentos son á veces nullos ó injustos, y que aún los hechos con arreglo á Derecho á veces se rompen, se ha- cen irritos, destituidos ó rescindidos; á todas las especies comprende nuestra regla, excepto á los testamentos res- cindidos. Pues si entablada la queja de inoficioso testa- mento, se rescinde este, quedan válidos todos los capí-

tulos, excepto la institucion de heredero, y por tanto no se desvanecen los legados, §. 584. 7. (e) Si falta la condicion; pues suspendiéndose el efecto de este legado por la condicion, es evidente que faltando esta, falta tambien el legado, porque no se debe, ni puede exigirse hasta que se verifique la condicion, §. 633. IIº Á veces tiene la lei por no escritos los legados, de cuyo caso existe un título singular, á saber, el VIII. *lib. 34.* Sucede esto, (a) cuando no puede existir el legado por su naturaleza; por ejemplo, si el testador hubiese hablado de un modo ambiguo por manera que no pueda entendersele, *L. 3, 4, 10, 27. ff. De rebus dubiis.* (b) Si se dejase el legado contra las leyes, por ejemplo, á un incapaz, deportado, cautivo, ó que no existe aún en la naturaleza, *L. 4. pr. §. 1. De his quæ pro non script. hab.* (c) Si el legado es torpe, y dejado para deshonorar al legatario, *L. 53. De legat.*; esto es, para infamar con alguna ignominia, ú ofender el pudor del legatario; por ejemplo, lego á Ticio ciento, que puede dar á su adúltera. (d) Si alguno se dejase á sí mismo algun legado, habiendo él propio escrito el testamento; pues induciendo semejante testamento sospecha de falsedad, el legado subsiste en la herencia, y por consiguiente se estingue, *L. 2, 3. C. De his qui sibi ascr. in test.* IIIº Otras veces se quita el legado al legatario como indigno, y estos legados entran en el fisco, excepto en algunos pocos casos. En quanto á lo demas se quitan tantas veces los legados, cuantas el legatario, cometiendo algun delito contra el difunto, se ha hecho indigno de esta liberalidad; por ejemplo, si matase al testador, ó le suscitase causa de muerte, ó le forzase á hacer testamento contra su voluntad. Véase el título singular *De his quæ ut indignis auf. L. 34. tit. 9.*

TÍTULO XXII.

DE LA LEI FALCIDIA.

§. DCXLVIII, DCXLIX y DCL. Este título está de tal manera enlazado con el anterior, que así como en este se han enseñado los modos de perder los legados, así el título de la lei falcidia muestra cómo se disminuyen, esto es, cómo se reducen á menor cantidad. Este título contiene tres partes: la *primera* trata de la historia de la lei falcidia, §. 648; la *segunda*, del Derecho introducido por ella, §. 651-653; y la *tercera* de las causas por que cesa la lei falcidia, §. 654. Tocante á la historia, Iº repetidas veces hemos advertido, que en la lei de las XII Tablas se habia establecido, *que se tuviese por lei lo que legase el padre de familia*; por cuya lei se dió á los testadores la facultad mas estensa para legar, segun observa Pomponio en la *L. 120. ff. De V. S.* Pero los testadores abusaban malamente de aquella amplísima facultad, y frecuentemente, instituyendo heredero con el fin de que se originase un pleito, de tal manera cargaban la herencia con legados, que nada quedaba para el heredero. De aquí resultaba un grande inconveniente, pues el heredero repudiaba la herencia, de la que no sacaba ningun lucro, y abandonando el testamento, no percibian nada los legatarios, y todo el testamento se destruía. Por lo cual pareció conveniente reprimir con leyes esta licencia de legar, como dice el mismo Pomponio en dicha *L. 120. De V. S.* Estas leyes eran tres; la primera se llama *furia* (1), la segunda *voconia* y la tercera *falcidia*.

(1) Dióse esta lei por C. Furio, tribuno de la plebe.

La *furia*, de que ya hace mención Ciceron, prohibió que á ningun legatario se dejase mas de mil ases, excepto á los parientes; y si mas se dejase, que pagara el legatario la pena del cuatro tanto, *Ulpiano, Fragm. tit. 1. §. 2. y tit. 28. §. 7.* Mas esta lei proveía poco al remedio, pues si el testador dejaba legados á muchas personas, y á cada una de ellas mil ases, agotaba lo mismo la herencia que dejando pocos legados, pero mas considerables. Siguió la lei *voconia*, sobre la que existe una eruditísima y singular disertacion de Perizonio. Fué su autor Quinto Voco- nio Saxa, tribuno de la plebe en el año 684 de la fundacion de Roma, siendo cónsules Quinto Mevio Filipo y Cn. Servilio Cepion. Véase á Ciceron, *Verrin. c. 42.* Esta lei coartó de varios modos la potestad de los testadores, pues, 1º prohibió instituir por herederos á las mujeres. 2º No permitió en todas ocasiones que se les dejasen legados. Y 3º últimamente (que es el capítulo que pertenece aquí con mas particularidad) prohibió, que á ningun legatario se dejase mas de lo que percibiese el heredero. No obstante esta lei se eludía tambien fácilmente, como observó Trófilo en el *pr. Inst. h. t.*, pues si poseyendo uno cien áureos, legaba á 99 personas y el heredero solo percibía uno, parecia satisfacerse á la lei *voconia*; pero ¿quién por una moneda querria aceptar la herencia? Por tanto, no consiguiendo esta lei tampoco el fin, últimamente en tiempo de Augusto, y sin duda por su autoridad, se dió la lei *falcidia* por Publio Falcidio, tribuno de la plebe, en el año 714 de la fundacion de Roma, segun estensamente refiere esta historia Dion Cassio *L. 48. Hist. p. 430.* Por lo cual es ridículo el error de la glosa, que juzga que esta lei se llamó *falcidia* de la palabra *falx*, porque se desfalcaba ó quitaba algo á los legados. Por lo demas en esta lei se estableció prudentemente, 1º que ninguno pudiese cargar la herencia con legados mas que hasta el

dodrante (1) de los bienes, esto es, hasta nueve onzas: 2º que si dejaba mas á los legatarios, á cada uno se cercenase á prorata, de manera que quedase al heredero libre su cuarta parte. Las mismas genuínas palabras de esta lei existen en la *L. 1. pr. ff. h. t.*

§. DCLI. II. Pasando ya á la *otra parte* del Derecho introducido por esta lei, pueden hacerse tres preguntas: 1ª quién saca esta cuarta: 2ª cómo se ha de computar: 3ª á quiénes se cercena.

1º Si se pregunta quién saca esta cuarta (2), el mismo

(1) Los antiguos consideraban cualquier herencia como un *as*, y por consiguiente la concebían dividida en doce onzas, porque es de advertir que el nombre de *as*, aunque significaba una moneda de cobre del peso de una libra de doce onzas, tambien lo aplicaban á cualquier todo, y lo dividían precisamente en doce partes ú onzas. Atendiendo pues á esto, fáciles son de esplicar los nombres con que los jurisconsultos solian designar las partes de una herencia. Siendo así que *as* significa el cuerpo íntegro de los bienes dividido en doce onzas, á las once onzas las llamaban *deunx*, es decir, *uná desumptá uncia*, ó bien *deest uncia*, esto es, ménos una onza. Por igual razon á las diez onzas se les daba el nombre de *dextans*, como si dijéramos *desextans*, esto es, quitada la sexta parte (pues la particula latina *de* quita y disminuye cuando entra en composicion); y tambien el de *decunx*, es decir, diez onzas. Á las nueve onzas el de *dodrans*, que equivale á *dequadrans*, esto es, quitado el cuadrante: á ocho onzas el de *bes* ó *bessis*, equivalente de *bis triens*, los dos tercios del *as*: á siete onzas el de *septanx*, nombre que está bastante explicado por sí mismo: á seis onzas el de *semis*, como si se dijera *semias*: á cinco onzas el de *quincunx*, de *quinque* y *uncia*: á cuatro onzas el de *triens*, el tercio del *as*: á tres onzas *quadrans*, la cuarta parte del *as*: á dos onzas *sextans*, la sexta parte del *as*. Estas once onzas se subdividían, y la mitad de una onza se llamaba *semiuncia*; la tercera parte de ella *duella* ó *binæ sextulæ*; la cuarta parte *sicilicum*; la sexta parte *sextula*; la octava parte *drachma*; la duodécima parte *hemisesela* ó *dimidia sextula*; la décimaséptima *tremissis*; y *scrupulus* la vigésimacuarta.

(2) La cuarta solo se puede sacar respecto de los herederos voluntarios; y no se podría en otro caso, porque segun nuestras leyes los padres testadores no pueden disponer mas que del quinto, del cual

fin de la lei manifiesta que este beneficio se ha concedido á los herederos instituidos en el testamento. Pero así como donde existe la misma razon de la lei, debe haber igual disposicion, así no es de admirar que los juriconsultos estendiesen tambien esta lei á los herederos abintestato, *L. 18. ff. h. t.*, pues no hai duda que estos pueden ser gravados con legados que se dejan en los codicilos, del mismo modo que los herederos testamentarios pueden serlo en el testamento. Por este principio pues fácilmente se entienden las siguientes consecuencias: (a) que si hai muchos herederos, en cada uno de ellos se ha de suponer la razon de la lei falcidia. El sentido de estas palabras, que se hallan en el §. 1. *Inst. h. t.* es este: que si son muchos los coherederos, todos juntos deben tener salva una cuarta, y por tanto solo pueden cercenar á prorata, de modo que tengan la cuarta parte de su porcion. (b) Que si hai dos coherederos, de los que uno está cargado con muchos legados, y el otro no, entónces se ha de distinguir si la porcion cargada acrece á la no gravada, ó la no gravada á la cargada. En el primer caso puede sacarse aún la cuarta; en el segundo no, *L. 78, 87. §. 4. ff. h. t.* La razon de esta sutilísima disposicion, por otra parte no mui clara, es esta: porque el que sucede en el lugar de otro, con razon se entiende que sucede tambien en el derecho. (c) Que este derecho de cercenar no compete ni al legatario, ni al fideicomisario. De aquí es que si, por ejemplo, se han legado á Ticio mil, y se le manda que los pague á otro, no puede sacar nada, aunque no le quede salva ni la tercera parte, porque este beneficio no se ha concedido á los legatarios, sino á los herederos. La misma razon milita respecto de los fideicomisarios, los cuales no se reputan en nuestras leyes por herederos, aunque reciban la herencia.

hai que deducir los gastos de misas, entierro y otras mandas aciosas, segun la *L. 9. tit. 20. lib. 8. de la Nov. Recop.*

§. DCLII. 2º Si se pregunta, cómo se ha de computar la cuarta falcidia; se dice, que deben observarse dos axiomas: 1º que la cantidad del patrimonio se considere cual era al tiempo de la muerte del testador. 2º Que no se llama patrimonio, sino despues de sacadas las deudas á que está obligado el heredero. Del primer axioma nace la conclusion, de que si despues de muerto el testador se aumenta el patrimonio, no aprovecha á los legatarios, y lo mismo si se disminuye, *L. 73. ff. h. t.* De aquí es, que si á la muerte del testador se han hallado doce mil florines(1), y el testador dejó á los legatarios once mil, y despues por la lotería, ó por los productos de minas de metal se aumenta el patrimonio hasta veinte mil, el heredero puede no obstante sacar la cuarta. Del segundo axioma colegimos, que la cuarta falcidia se ha de estraer, cuando (a) se hayan pagado las deudas, (b) los gastos de los funerales, (c) las cantidades que por mandado del testador se deben pagar para manumitir los siervos de otro, y (d) los gastos hechos en la aceptacion de la herencia, á los que tambien pertenecen los hechos en el inventario. Despues de sacado todo esto, de lo que reste, debe quedar al heredero libre la cuarta parte. Y ¿qué sucede si dicen los legatarios, que aunque los herederos no tengan salva la cuarta parte de los bienes hereditarios del testador, sin embargo han recibido ya tanto por legados y fideicomisos, que no falta nada á la cuarta? hai sin embargo lugar á sacar esta cuarta? Así debe hacerse, porque en la cuarta falcidia no se computa mas que lo que el heredero tiene por el honorífico título de la institucion. En lo cual se diferencia esta cuarta de la cuarta trebeliánica, en la que se computa todo lo que el heredero recibe del testa-

(1) El florin era una moneda que se usaba tambien antiguamente en España, y equivalia á un real de á ocho; mas despues ha entrado en la clase de monedas imaginarias: todavia subsiste con valor efectivo en algunas partes de Europa, aunque varía segun los reinos.

dor, por cualquier título que sea, *L. 18. §. 1 ff. ad S Ctam. trebell. §. 669.*

§. DCLIII. 3º Con igual facilidad se satisface á la última pregunta, á quiénes se cercena esta cuarta? Basta una regla : á todo el que por última voluntad recibe algo por título singular, se disminuye esta cuarta. Luego puede disminuirse á los legatarios que son fideicomisarios singulares, á los cuales Justiniano igualó en un todo con los legatarios, §. 606. 2.; y tambien á los donatarios por causa de muerte, porque esta donacion se asemeja á las últimas voluntades, §. 456. Al contrario, no siendo la donacion entre vivos última voluntad, sino pacto, es evidente que no se estiende á ella la disposicion de la lei falcidia.

§. DCLIV. Resta la IIIª parte de este título, que trata de las causas por las que cesa la lei falcidia. De estas causas se cuentan aquí once : 1ª si el marido dejase la dote á la mujer; pues entónces nada puede sacar el heredero, porque la dote se debe íntegra, aunque no se hubiese legado. 2ª Cesa esta lei en el testamento del militar; porque estos están dispensados de todas las solemnidades tanto internas como esternas, §. 503. 7. 3ª En las cosas que el testador prohibió enajenar; pues ya que el legatorio recibe la cosa con una carga, parecería injusto que se le gravase con otra. 4ª Si el heredero ha manejado dolosamente la herencia; pues entónces no consta el caudal de la herencia, y por tanto no puede computarse la cuarta. 5ª En los legados por causas piadosas; porque es grande el favor de que gozan estas. 6ª Cuando se ha legado la libertad, porque esta no tiene estimacion. 7ª Si el testador prohibiese sacar la cuarta. 8ª Si el heredero, ó de su libre voluntad, ó por error de derecho, pagase íntegros los legados. Pero el primero que permitió al testador la prohibicion contra el fin y reglas de esta lei, fué Justiniano en la *Nov. I. c. 2.*

9ª Si procura dolosamente el heredero que falte un fideicomiso; pues las leyes jamas favorecen el dolo. 10ª Si el difunto hubiese ya satisfecho en vida al heredero, dándole el valor de la cuarta falcidia. Por ejemplo: te doi este predio con la condicion que no cercenes nada á los legatarios. 11ª Si el heredero no hiciese inventario. En este caso ¿ cómo habia de sacarse la cuarta, no pudiendo constar el caudal de la herencia, sino por el inventario? (1)

TÍTULO XXIII.

DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS, Y DEL SENADOCONSULTO TREBELIANO.

§. DCLV. Hasta aquí se han examinado dos especies de últimas voluntades; la herencia testamentaria y los legados; resta la tercera, á saber, los *fideicomisos*, de los cuales se trata en los títulos que faltan de este libro.

No podemos encargar nada á la fe de otro, sino rogándole, y de aquí resulta al momento la definicion. *Fideicomiso* es lo que se *deja con palabras de ruego ó oblicuas.*

(1) Cuando la cosa legada no tiene cómoda division, se aprecia, y de su importe se deduce la cuarta, previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraction de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado, segun disposicion terminante de la *L. 2. tit. 11. Part. 6.* Y para poder sacarla el heredero, debe hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes, pues si no lo hace, no podrá, y ademas estará obligado á pagar todas las mandas y deudas que dejó el testador, *L. 10. tit. 6. Part. 6.*; y si lo hace pagando ántes los legados que las deudas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues al heredero por lo que falte, *L. 7. del mismo tit.*

En las herencias y legados vimos que era distinto, requiriéndose en ellos palabras directas y legales, esto es, imperativas, porque legar es dar lei en sus cosas. Absurdamente obraría el legislador que usase de palabras de súplica. Por lo demas el mismo Justiniano nos manifiesta el origen de los fideicomisos, §. 1 *Int. h. t.*, inventados en fraude de las leyes (1); pues á los que no podia dejarse la herencia ó legados, se les daba algo por modo de fideicomiso. Lo cual se mudó despues por el senadoconsulto planciano, como advertimos en los coment. á la *L. jul. y pap. pop. lib. II. cap. 6. p. 492.*

§. DCLVI y DCLVII. Ya sabemos lo que es fideicomiso : ahora se pregunta de cuántas maneras es. Se divide en *universal* y *singular* : *universal* es, cuando se deja á uno por via de fideicomiso, ó toda la herencia, ó parte de ella; por lo cual semejante fideicomiso se llama con propiedad en la rúbrica de nuestro título *herencia fideicomisaria*. *Singular*, cuando se deja á modo de fideicomiso una cosa singular, como el género, la especie y la cantidad. De este trataremos en el título siguiente. Respecto del universal se ha de observar aquí que requiere siempre tres personas : 1º el que deja el fideicomiso se llama *fideicomitente* : 2º aquel á quien se encarga que restituya la herencia que se le ha dejado, se denomina *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad ha tenido

(1) El fideicomiso se cree fué usado en Roma desde Numa Pompilio, segundo rei de aquella nacion, por los que morian fuera del territorio romano, y por los que deseaban dejar sus bienes ó parte de ellos á personas, inhibidas por la lei de ser herederos, pero que no obstante merecian ser remunerados por los servicios que habian hecho á los testadores. Pero estos encargos, encomendados á la buena fe y probidad de los herederos, no tenian fuerza obligatoria, y así estaba en su arbitrio cumplir ó dejar de cumplir con ellos, hasta que Augusto se la dió. Desde este tiempo los podemos considerar como unos verdaderos testamentos, en cuanto á su efecto.

singular confianza al testador. 3º Últimamente aquel á quien se entrega la herencia, es heredero *fideicomisario*, el cual sin embargo por riguroso Derecho civil no es heredero, ni sucede en los derechos del difunto, sino que solamente percibe la herencia y los bienes hereditarios, *L. 88. ff. De her. instit.*

§. DCLVIII. Esta es la primera division de fideicomisos: sigue otra, á saber, que el fideicomiso es espreso ó tácito. *Espreso* es, cuando con palabras espresas y claras se encarga á uno que restituya á otro la herencia, ó parte de ella. Por ejemplo : Sicilio ruega á Ático que entregue á Ciceron la herencia que se le ha dejado. *Tácito*, cuando no se hace mencion de restitucion, y sin embargo se encarga al heredero alguna cosa, de donde puede inferirse que debe restituirla. Por ejemplo : Ático, sé heredero, pero con la condicion de que no hagas testamento. Pues entónces es lo mismo que si hubiese dicho: ruego á Pedro que restituya la herencia á sus próximos parientes. De este modo se constituyen frecuentemente los fideicomisos de la familias ilustres, siempre que el testador grava los bienes hereditarios con el fideicomiso de que permanezcan siempre en la familia. Si pues entónces se ha establecido que el mayor de la familia posea estos bienes, se llama *seniorazgo*; si se observa el orden de suceder abintestado, de manera que siempre el hermano mayor sea preferido á los mas jóvenes, se llama *mayorazgo*. De estos fideicomisos familiares trató diligentemente Feltmano en el tratado *De pactis familiarum illustrium*.

§. DCLIX, DCLX y DCLXI. De estos principios fácilmente se infiere, 1º quién puede dejar fideicomisos, á saber, todo el que puede hacer testamento. Debe pues poder disponer de su herencia, lo que no puede el hijo de familia, el siervo, el extranjero y otros, de que se ha tratado arriba en el *lib. II. tit. 12.* 2º Por medio de quiénes se pueden dejar fideicomisos? Por medio de todos los

que recibieron la herencia ó parte de ella con el título honroso de institucion. No obstante ninguno puede ser mas cargado que favorecido; y así seria absurdo el fideicomiso, si uno fuese instituido heredero en la tercera parte, y se le encargase que entregara toda la herencia. Mas puede encargarse al fideicomisario la restitution; por ejemplo: sé mi heredero, Ticio; pero te encargo que entregues la herencia á Mevio, y que este la pase á Sempronio, y así hasta el infinito. 3º Á quiénes se puede dejar algo por fideicomiso? Á todos los que tienen la testaméntifacion pasiva, ó que pueden ser instituidos herederos. De aquí es, por ejemplo, que si se me hubiese mandado entregar la herencia á un colegio de música, seria de ningun valor este fideicomiso, porque no puede ser instituido heredero un colegio que no está aprobado, § 549. 5. 4º Dónde pueden hacerse fideicomisos? En el testamento y codicilos; pues no siendo heredero en rigor de Derecho el fideicomisario, §. 657. 2., no es extraño que pueda dejarse en los codicilos el fideicomiso, y no la herencia. Á esto se agrega que á veces no hace uno testamento al morir, sino que deja la herencia á los herederos abintestato, y entónces puede ciertamente cargarlos con fideicomisos solo en los codicilos. Por tanto de aquí se infiere que el fideicomiso no requiere en sí ninguna solemnidad, sino solo la presencia de cinco testigos. Por mejor decir, á veces no hacen falta ni aún los testigos, si el testador, estando presente el heredero fiduciario, le encarga que entregue á otro la herencia, pues en tal caso, si niega el heredero que se le ha hecho semejante encargo, se le puede pedir un juramento, §. *ult. Inst. h. t.* 5º Cómo se pueden dejar fideicomisos? Puramente, bajo condicion, y hasta cierto dia. Y aquí se ha de notar segunda vez la diferencia entre la herencia y el fideicomiso; pues la herencia no puede dejarse desde cierto dia, §. 514. §. 9. *Inst. De hered. inst.,*

y si el fideicomiso, §. 2. *Inst. h. t.* La razon de esta diferencia se manifiesta en la regla bien conocida, de que ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, *L. 7. ff. De R. J.*; y esto sucederia, si se dejase la herencia hasta cierto dia (1); pero no, si se dejara el fideicomiso para dia determinado.

§. DCLXII y DCLXIII. Se suscita ahora una gran cuestion: ¿ está el heredero obligado á cumplir el fideicomiso? Ha de tenerse aquí presente, que antiguamente no producía este ninguna obligacion, sino que se dejaba solamente al pondonor del heredero, si queria ó no cumplir el fideicomiso. Lo cual no se aparta de los principios del Derecho, pues la sola súplica de uno nunca me obliga, á no darle palabra de que accedo, porque toda obligacion nace ó de consentimiento, ó de delito. Y ¿ habia acaso prometido el heredero fiduciario al testador que haria lo que este le suplicaba? Así se observó hasta los tiempos de Augusto, pues refiere Justiniano, que muriendo en África Lucio Léntulo, habia instituido herederos á Augusto y su hija, suplicándoles en los codicilos que entregasen varios fideicomisos; y Augusto no solo los cumplió todos, sino que por consejo del célebre juriconsulto Cayo Trebacio, estableció que todos los herederos estuviesen obligados á prestar los fideicomisos. Como esta historia se refiere solo en las Instituciones, y ademas no se halla ningun Lucio Léntulo en los fastos consulares, algunos la juzgan manifestamente falsa. Reinesio fué el primero que dispó esta duda en sus *Inscr. class. 10. n. 3. p. 597.*, donde claramente manifiesta por un mármol, que este Lucio Léntulo

(1) Porque hasta que llegase el dia, quedaria abandonada la herencia, pues no podia ir á los herederos abintestato á causa de haber testamento ni podia ir á los herederos testamentarios, porque no habia llegado el dia prefijado por el testador; y mientras quedaba la herencia intestada.

lo fué cónsul con Marco Mesala el año 751 de la fundacion de Roma. Al principio encargó Augusto á los cónsules que apremiasen á los herederos á cumplir los fideicomisos: despues creó Claudio dos pretores fideicomisarios que no entendiesen en otros asuntos mas que en los fideicomisos, *Suet. Claud. c. 23*. Sin embargo despues de los tiempos de Claudio se reunió la jurisdiccion de los cónsules y pretores para las herencias fideicomisarias, segun consta de Ulpiano, *Fragm. tit. 25. §. 2. Quíntil. Inst. orat. lib. III. c. 6*.

§. DCLXIV y DCLXV. Aunque estableció esto Augusto con tan buen acuerdo, nació otro inconveniente mucho mayor, esto es, que se abandonaban la mayor parte de los testamentos, pues sucediendo el heredero en todo el derecho del difunto, está tambien obligado á pagar las deudas. Y ¿quién seria tan necio que quisiese aceptar la herencia que le constaba debía restituir, de manera que á él le quedasen solo las deudas? De aquí á la verdad resultaba que la mayor parte preferian repudiar la herencia á cargarse con las deudas y dar á otro los bienes, *L. 1. §. 2. ff. ad SC. treb.* Si se hacia esto, ni el heredero ni el fideicomisario recibian nada, y destruyéndose el testamento, venia á quedar la herencia abintestato. Lo cual, siendo contrario á los deseos de los que morian, á quienes tanto favorecian las leyes, en tiempo de Neron meditó el senado el modo de proveer de remedio á este inconveniente, formándose por consejo de aquel el senadoconsulto trebeliano en el año 814 de la fundacion de Roma, en las calendas de setiembre, siendo cónsules L. Aneo Séneca, cuyas obras filosóficas existen, y Trebelio Máximo. Por este senadoconsulto se estableció, 1º que si el heredero entrega á otro la herencia por fideicomiso, no pague él solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorata. Si pues se le mandaba entregar toda la herencia, tambien el fidei-

comisario tenia que pagar todas las deudas: si solo entregaba parte, tambien por razon de ella pasaban las obligaciones al fideicomisario. Así pues, si por ejemplo, el heredero tenia la cuarta parte, tambien pagaba la cuarta parte de las deudas, y lo demas correspondia al fideicomisario. Así se ha de entender el senadoconsulto trebeliano, que se describe en la *L. 1. ff. de SCto. tr. §. 4. Inst. h. t.*

§. DCLXVI, DCLXVII y DCLXVIII. Ni aún así se habia salvado la dificultad, pues aunque el heredero estaba libre de carga, porque no tenia que pagar ninguna deuda, sin embargo son los hombres de tal naturaleza, que no quieren hacer nada sin esperanza de lucro. De aquí es que los herederos fiduciaros repudiaban las herencias, porque si bien no les sobrevenia daño, no obstante, entregando toda la herencia, tampoco esperaban ningun lucro. Por lo cual segunda vez pensó en el remedio el senado en tiempo de Vespasiano, no se sabe en qué año, si bien nuestro Derecho ha conservado el nombre de los cónsules. Estos eran Pegaso, el celeberrimo jurisculto de quien recibieron su denominacion los pegasianos, y Pusio. No consta de los fastos el año en que ejercieron su dignidad, y solo sabemos que del primero de ellos tomó este senadoconsulto el nombre de *pegasiano*. Por él se establecieron dos cosas: 1ª que esté obligado el heredero á aceptar la herencia y entregarla: y 2ª que si se le manda restituir toda la herencia ó gran parte de ella, retenga salva la cuarta parte al ménos, y si no la tuviese salva, que la disminuya á ejemplo de la falcidia, *§. 2. §. 6. Inst. h. t.* Tales eran estos senadosconsultos. Á uno y otro les faltaba algo: el trebeliano libertaba al heredero de las cargas, pero no le concedia ningun interes; y el pegasiano le proporcionaba lucro, mas no le eximia de las deudas. De aquí es que en aquellos tiempos tenia que mirar el heredero, si le quedaba ó no salva la cuarta. Si lo primero, entregaba la he-

rencia por el senadoconsulto trebeliano; y así se dividian las deudas entre él y el fideicomisario: si no tenia salva la cuarta, la sacaba en virtud del senadoconsulto pegasiano; pero entonces tenia que pagar todas las deudas, á no ser que mediando estipulacion, obligase al fideicomisario á que se cargase con algunas. §. 6. *Inst. h. t.* En este punto entrambos podian engañarse, si era desconocida la deuda ó se dudaba cuántas habia en la herencia.

§. DCLXIX — DCLXXI. Habiéndolo advertido Justiniano, y pensado en el remedio, reunió en uno los senadoconsultos trebeliano y pegasiano. No existe la constitucion que salió á la luz con este motivo, habiéndose perdido con el Código justiniano; pero el §. 7. *Inst. h. t.* contiene su disposicion en breves palabras; á saber, 1º que se tuviesen en adelante por uno solo los dos senadoconsultos, de suerte que abolido el nombre de senadoconsulto pegasiano, se llamase solo trebeliano; lo que sin duda le agradó así por favorecer mas á los sabinianos que á los proculeyanos, de cuya escuela habia sido uno de los principales secuazes Pegaso. De aquí es que en el día no existe en las Pandectas el título *De SCto. pegasiano*, sino solamente del trebeliano. 2º Que la cuarta que ha de sacar el heredero(1), se llama trebeliánica, y no pegasiana, no obstante que ántes llevaba este último nombre. En cuanto á lo demas, de aquella mezcla de se-

(1) La cuarta trebeliánica nunca se puede sacar de la legítima de los hijos: bien que como de esta no puede disponer el padre, no dejará, respecto de ellos, herederos fideicomisarios, ni tampoco de los legados destinados á causas piadosas, *L. 4. tit. 11. Part. 6.* Ni el heredero que por error pagó los legados íntegros, puede sacar la cuarta despues de los demas, á no aparecer grandes deudas que no sabia él pudieran existir. Ya se sabe que los hijos, como herederos, pueden sacar no solo la cuarta, sino toda la herencia, excepto el quinto, y si son en cantidades, todo ménos el tercio de que pudo disponer el testador.

nadosconsultos se sigue: 1º que el fiduciario puede sacar la cuarta, si no la tuviese salva, ó si la pagase por error de hecho, puede repetirla por la condicion *indebiti*, § 7. *Inst. h. t.* Dijimos que se habia introducido á ejemplo de la cuarta faleidia, entre la cual y la trebeliánica hai sin embargo estas diferencias: 1ª que aquella se saca á los legatarios y fideicomisarios singulares; esta á los fideicomisarios universales. 2ª Que en aquella solo se considera lo que el heredero recibe por el título honroso de institucion; en esta cuanto deja el testador al heredero por cualquier título, y aún los frutos percibidos de la cosa, *L. 18. § 1. L. 22. § 2. ff. ad SCtum. trebell.* Por lo demas esta cuarta la saca el heredero fiduciario, y por tanto no el fideicomisario, si se le manda entregar á otro la herencia. De aquí es que si Ticio, dejando una herencia de veinte mil florines, encarga al primer heredero que entregue la herencia al segundo, y á este que la restituya al tercero, el primero saca cinco mil y entrega quince mil; mas el segundo restituye los quince mil sin retener para sí nada, *L. 2. §. ult. ff. eod.* Aquí corresponde la famosa cuestion de si gravado el hijo ó nieto con fideicomiso por el padre ó abuelo (lo que no puede hacerse en la legítima), puede deducir aquel ademas de la legítima la cuarta trebeliánica. Por ejemplo, Ticio deja un hijo único, y le nombra heredero en sus bienes, que son treinta mil. Ahora bien, no pudiendo el hijo ser gravado en la legítima, deducirá primero su porcion legítima, esto es, diez mil. Pero se pregunta, ¿sacará tambien de los restantes veinte mil la cuarta trebeliánica? Por el Derecho canónico se afirma en los dos célebres capítulos *Rainutius* y *Rainaldus*, *X. De testam.*; mas por Derecho civil lo niega la mayor parte, aunque á mi juicio falsamente. Pues 1º en la *L. 5. C. ad SC. treb.* se dice, que ántes de sacarse la cuarta trebeliánica, se han de deducir

las deudas; y en la L. 8. §. 8. *De inoff. testam.* se llama á la legítima *cuarta de la porcion debida*, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2º Hai claros vestigios de este Derecho en la L. 6. *pr. C. SC. trebell.*, donde no solo se concede al hijo la cuarta trebeliánica, sino tambien la falcidia; por la cual se entiende en aquella lei la porcion legítima que dijimos introdujo la lei falcidia, §. 527. 2. 3º Para que se dividan las obligaciones á prorata entre el fiduciario y fideicomisario, esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta pague de las deudas, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo cesa esta conclusion, (a) si instituido uno heredero en cosa determinada, se le mandase entregar las otras, pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario acepta forzado la herencia, pues entónces parece indigno del beneficio que las leyes conceden, por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3º Que puede ser obligado el heredero á aceptar y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*, pues si aún en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de que *estimos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro*, ¿cuánto mas obligado no estará aquel, á quien las leyes no solo libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que pueda sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la acepta voluntariamente?

§. DCLXXII. Vimos hasta aquí lo que es la cuarta trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuándo cesa esta rebaja. Cesa 1º en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse, cualquiera que ella sea, L. 7. *C. Ad leg. falcid.* 2º Si el testador prohíbe la rebaja, *Nov. 4. c. 2. §. 2.* Pero ya obser-

vámos en el §. 666. que Justiniano introdujo esta reforma contra el espíritu y contra los mismos principios de los legisladores; pues habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, ¿cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al Derecho introducido en favor de otro? No obstante así lo permitió Justiniano en la *Nov. 4.* 3º Si el heredero por ignorancia del Derecho entregase toda la herencia, L. 9. *C. Ad leg. falcid.*; pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente, puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo no puede hacerse otro tanto en lo que se paga por error de Derecho, L. 40. *C. L. 9. pr. ff. De jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senadoconsulto trebeliano, no puede repetir lo que paga por este error. Pero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4º Si deja de hacer inventario; y 5º si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *tit. de la L. falcid. §. 654. 40. 41.* 6º Si admitiese por fuerza la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*; de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TÍTULO XXIV.

DE LAS COSAS SINGULARES DEJADAS POR FIDEICOMISO.

§. DCLXXIII y DCLXXIV. Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*: siguen los *fideicomisos singu-*